

**POSTANOWENIE**

Warszawa, dnia 6 marca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska  
Maria Kacprzyk  
Monika Kawa-Ogorzałek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 6 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2024 r. przez wykonawcę NETIA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej we Wrocławiu przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego ACTUS-INFO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu

**postanawia:**

1. Odrzucić odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę NETIA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....  
.....

Sygn. akt KIO 634/24

**UZASADNIENIE:**

Zamawiający Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług telekomunikacyjnych polegających na zapewnieniu stałego dostępu do sieci telefonicznej i sieci teleinformatycznej dla potrzeb Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej we Wrocławiu, CPV: 64200000-8, 7240000-4”, nr ref. DZOB.281.4.2024.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00087094.

W postępowaniu tym wykonawca NETIA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) w dniu 26 lutego 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 17 ust. 1 Ustawy poprzez przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania w sposób uniemożliwiający uzyskanie zamówienia i realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia Postępowania z uwagi na fakt, że Postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zarzutu i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący wskazał, że powziął informację o czynności wyboru oferty Actus-Info sp. z o.o. w dniu 20 lutego 2024 r. Co za tym idzie pięciodniowy termin wskazany w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) upływa w dniu 26 lutego 2024 r.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych, co wiąże się m.in. z koniecznością zapewnienia łączności telekomunikacyjnych w 24 lokalizacjach Zamawiającego. Aktualnie, usługę tę świadczy Odwołujący na podstawie umowy z dnia 08 lutego 2022r., która kończy się w dniu 29 lutego 2024 r. Postępowanie zostało ogłoszone w dniu 1 lutego 2024 r., zaś termin składania ofert został wyznaczony na 9 lutego 2024 r. a następnie przedłużony do dnia 13 lutego 2024 r. Odwołujący podkreślił, że jedynym wykonawcą, który jest w stanie uruchomić usługi w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej jest Odwołujący, który jako jedyny posiada wybudowane tam łącza. Możliwość realizacji zamówienia przez Actus-Info sp. z o.o., w terminie określonym przez Zamawiającego musiałaby się wiązać z koniecznością udostępnienia temu wykonawcy przez Odwołującego łącz. Tymczasem, Zamawiający, mając pełną wiedzę o niemożności realizacji

zamówienia przez Actus-Info sp. o.o. dokonał w dniu 20 lutego 2024 r. wyboru oferty tego wykonawcy.

Odwolujący zwrócił uwagę, że spółka Actus – Info sp. z o.o. zwróciła się w dniu 21 lutego 2024 r. (a zatem dopiero po wyborze jego oferty) do Odwołującego z prośbą o przygotowanie oferty na dzierżawę łącz w wybranych lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego.

Oznacza to, że w dacie składania oferty, Actus-Info sp. z o.o. nie miała możliwości wykonania Umowy z Zamawiającym. I nadal takiej możliwości nie ma z uwagi na fakt, że Odwołujący nie zamierza wydzierżawić łącz temu wykonawcy. W celu zapewnienia łącz niezbędnych do realizacji Umowy, Actus-Info sp. z o.o. musiałyby dysponować co najmniej 3 miesięcznym terminem, który jest determinowany koniecznością wystąpienia do dysponentów istniejącej infrastruktury o warunki dzierżawy kanalizacji teletechnicznych (minimum 14 dni), przeprowadzenia niezbędnych prac projektowych, poprzedzonych wizją lokalną w poszczególnych lokalizacjach i uzgodnieniami z Zamawiającym (minimum 30 dni), zawarcia z dysponentem kanalizacji odpowiedniej umowy dzierżawy (do 30 dni), zamówienia materiałów i urządzeń (minimum 30 dni), wykonania prac budowlanych (minimum 90 dni) oraz, w razie potrzeby, uzyskania wymaganych zgód, decyzji administracyjnych, w tym zezwoleń na zajęcie pasa drogowego, czy na zlokalizowanie w pasie drogowym obiektów budowlanych lub urządzeń, ustanowienia odpowiednich służebności. Nie ma obiektywnej możliwości, aby Actus-Info sp. z o.o. wykonał wszystkie wyżej wymienione czynności do dnia 29 lutego 2024. W tej dacie kończy się bowiem umowa zawarta przez Odwołującego z Zamawiającym i w braku przedłużenia tej Umowy do czasu wyboru nowego wykonawcy, Netia S.A. nie ma obowiązku świadczyć usług, co powoduje ich natychmiastowe wyłączenie i spowoduje istotne komplikacje w organizacji Zamawiającego. (...)

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający będzie zmuszony rozwiązać Umowę z Actus-Info sp. z o.o. niezwłocznie po jej zawarciu, na podstawie § 7 ust. 3 Umowy, zgodnie z którym „Umowa niniejsza ulega rozwiązaniu przed upływem terminu na jaki została zawarta, ze skutkiem natychmiastowym w przypadku: 1) gdy Wykonawca pomimo udzielenia zamówienia, nie rozpoczął świadczenia usług objętych umową w ciągu 72 godzin od daty określonej umową jako dzień rozpoczęcia świadczenia usług tj. .... r.”

W ocenie Odwołującego Zamawiający przygotował i przeprowadził Postępowanie w sposób niedbały i niezapewniający wykonania zamówienia. To zaś pozostaje w sprzeczności z zasadą efektywności zamówienia, wyrażoną a art. 17 ust. 1 Ustawy, która rozumiana jest w szczególności jako efektywność samego procesu udzielenia zamówienia. (...)

Zdaniem Odwołującego oznacza to, że Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Zamawiający przygotował i przeprowadził Postępowanie, które w żadnym stopniu nie zagwarantowało wykonania Umowy i realizację zamówienia.

#### ***Izba ustaliła następujący stan faktyczny:***

Zamawiający Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 lutego 2024 r.

W dniu 1 lutego 2024 r. Zamawiający udostępnił na swojej stronie internetowej oraz na platformie e Zamawienia.gov.pl specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 13 lutego 2024 r. w postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

- 1) NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa, cena 485 008,68 PLN.
- 2) ACTUS - INFO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, ul. Stanisławowska 47, 54-611 Wrc  
cena 466 804,82 PLN

Pismem z dnia 20 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ACTUS-INFO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu.

#### ***Izba zważyła, co następuje:***

Zgodnie z art. 528 pkt 3) ustawy Pzp, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.* Krajowa Izba Odwoławcza bada z urzędu, czy w danej sprawie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.*

Zgodnie z art. 529 ust. 1 ustawy Pzp, *Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.*

Stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp, *odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.*

Z kolei zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 2) *Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o*

*okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.*

Jak wynika z ustaleń Izby Zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 20 lutego 2024 r. Powyższe potwierdził Odwołujący w odwołaniu na str. 2. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie kwestionuje wyboru najkorzystniejszej oferty, ale wskazuje na istnienie takiej wady postępowania, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, odwołanie powinno zostać wniesione w terminie 5 dni od daty udostępnienia dokumentów zamówienia (termin upłynął 6 lutego 2024 r.) bowiem już w dacie opublikowania dokumentacji postępowania Odwołujący powziął wiedzę co do wadliwości dokumentacji postępowania, którą to obecnie kwestionuje. Wskazać należy, że zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

W związku z powyższym Izba, Izba uznała, że wniesienie odwołania dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej jest spóźnione, dlatego działając na podstawie art. 528 pkt 3), art. 553 zd. 2 i art. 529 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca:.....

.....

.....